

Ersatzlieferung trotz zwischenzeitlicher Überarbeitung des Fahrzeugmodells – VW-Abgasskandal

1. Ein vom VW-Abgasskandal betroffener Neuwagen ist jedenfalls deshalb i. S. des [§ 434 I 2 Nr. 2 BGB](#) mangelhaft, weil er – entgegen der Erwartung eines Durchschnittskäufers – die einschlägigen (Euro-5-)Emissionsgrenzwerte nur auf dem Prüfstand und dort auch nur deshalb einhält, weil eine Software für eine Verringerung des Schadstoffausstoßes sorgt, sobald sie erkennt, dass das Fahrzeug einen Emissionstest absolviert.
2. Dass ein Neuwagen so, wie ihn der Käufer bestellt und erhalten hat, mittlerweile nicht mehr produziert wird, macht eine Ersatzlieferung ([§ 439 I Fall 2 BGB](#)) auch dann nicht i. S. des [§ 275 I BGB](#) unmöglich, wenn der Kfz-Kaufvertrag keinen Änderungsvorbehalt i. S. des [§ 308 Nr. 4 BGB](#) enthält. Vielmehr kann der Verkäufer eines vom VW-Abgasskandal betroffenen Fahrzeugs auch in diesem Fall verpflichtet sein, dem Käufer ein Fahrzeug der aktuellen Generation zu liefern. Denn dass es mittlerweile nur noch eine in bestimmten Punkten geänderte oder verbesserte Version des ursprünglich bestellten und gelieferten Fahrzeugs gibt, darf nicht zulasten des Käufers gehen.
3. Auf eine Nachbesserung durch Installation eines Softwareupdates kann dann nicht ohne erhebliche Nachteile für den Käufer eines vom VW-Abgasskandal betroffenen Neuwagens zurückgegriffen werden, wenn öffentlich intensiv und kontrovers diskutiert wird, ob sich das Update in technischer Hinsicht negativ auf das Fahrzeug auswirkt. Denn die aus dieser Diskussion resultierende Unsicherheit kann den Wiederverkaufswert des Fahrzeugs auch dann mindern, wenn das Update tatsächlich nicht zu Folgeproblemen führt.

LG Detmold, Urteil vom 11.05.2017 – [9 O 140/16](#)

Sachverhalt: Der Kläger bestellte bei der Beklagten, einer freien Kfz-Händlerin, am 01.10.2013 einen VW Tiguan 2.0 TDI Sport & Style zum Preis von 30.137 €. Das Fahrzeug, das vom VW-Abgasskandal betroffen ist, wurde ihm am 27.11.2013 übergeben.

Es ist mit einem EA189-Dieselmotor (Euro 5) ausgestattet, dessen Abgasrückführungssystem über zwei softwaregesteuerte Betriebsmodi verfügt. Modus 1 ist – nur – aktiv, sobald die Software erkennt, dass das Fahrzeug auf einem Prüfstand einen Emissionstest absolviert und dafür den Neuen Europäischen Fahrzyklus (NEFZ) durchfährt. In diesem Modus ist die Abgasrückführungsrate höher und deshalb der Stickoxid(NO_x)-Ausstoß geringer als im Modus 0, in dem das Fahrzeug in normalen Straßenverkehr betrieben wird.

Laut einer Pressemitteilung vom 16.10.2015 vertritt das Kraftfahrt-Bundesamt die Auffassung, dass es sich bei der vorstehend beschriebenen Software um eine unzulässige Abschaltvorrichtung handelt. Es hat daher den Rückruf aller vom VW-Abgasskandal betroffenen Fahrzeuge angeordnet und dem jeweiligen Hersteller aufgegeben, die Fahrzeuge in den vorschriftsmäßigen Zustand zu versetzen.

Der VW-Konzern hat für den Motortyp des streitgegenständlichen Fahrzeugs ein Softwareupdate entwickelt, das die beschriebene Umschaltlogik zwischen den zwei Betriebsmodi beseitigen und gleichzeitig ermöglichen soll, dass die für die Euro-5-Abgasnorm maßgeblichen Emissionsgrenzwerte eingehalten werden. Am 21.07.2016 gab das Kraftfahrt-Bundesamt unter anderem die vom VW-Abgasskandal betroffenen Modelle des VW Tiguan mit einem 2,0-TDI-Motor zur technischen Überarbeitung frei.

Mit Schreiben vom 14.12.2015 forderte der Kläger die Beklagte gestützt auf [§§ 437 Nr. 1, 439 I Fall 2 BGB](#) auf, ihm bis zum 25.01.2016 einen zulassungsfähigen, mangelfreien und vertragsgemäßen Neuwagen zu liefern. Dies lehnte die Beklagte mit Schreiben vom 04.01.2016 ab.

Der Kläger hält sein Fahrzeug für mangelhaft und behauptet, eine Nachbesserung durch Installation eines Softwareupdates sei nicht möglich. Jedenfalls sei ihm – dem Kläger – dies angesichts der unstrittig öffentlich diskutierten negativen Auswirkungen, die das Update haben könne, nicht zumutbar. Zudem verbleibe auch nach der Installation des Softwareupdates ein merkantiler Minderwert.

Die Beklagte ist demgegenüber der Ansicht; die in dem streitgegenständlichen Pkw zum Einsatz kommende Software, bei der es sich nicht um eine unzulässige Abschaltvorrichtung handele, begründe nicht die Mangelhaftigkeit des Fahrzeugs. Jedenfalls aber sei ihr – der Beklagten – eine Ersatzlieferung unmöglich, da der VW Tiguan so, wie ihn der Kläger bestellt und erhalten habe, seit Juni 2015 nicht mehr hergestellt werde. Die Lieferung eines fabrikneuen VW Tiguan aus der aktuellen Serie komme nicht in Betracht, weil ein solches Fahrzeug ein *aliud* sei. Darüber hinaus hält sich die Beklagte für berechtigt, die begehrte Ersatzlieferung nach [§ 439 III BGB](#) zu verweigern, da sie mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden sei. Die Nachbesserung des Pkw durch Installation eines Softwareupdates – so behauptet die Beklagte – lasse sich in einer Werkstatt in weniger als einer Stunde durchführen; die hierfür anfallenden Kosten beliefen sich auf weniger als 100 €.

Die Klage hatte weit überwiegend Erfolg.

Aus den Gründen: I. Soweit der Kläger Feststellung begehrt, dass sich die Beklagte im Verzug mit der vom Kläger begehrten Nachlieferung befindet, ist die Klage unzulässig.

Zulässiger Gegenstand einer Feststellungsklage können einzelne sich aus einem Rechtsverhältnis ergebende Rechte und Pflichten sein, nicht aber bloße Elemente oder Vorfragen eines Rechtsverhältnisses, reine Tatsachen oder etwa die Wirksamkeit von Willenserklärungen oder die Rechtswidrigkeit eines Verhaltens (vgl. BGH, Urt. v. 03.05.1977 – [VI ZR 36/74](#), [BGHZ 68, 331](#) [332]). Der Schuldnerverzug nach [§ 284 BGB](#) ist ein Unterfall der Verletzung der Leistungspflicht, nämlich die rechtswidrige Verzögerung der geschuldeten Leistung aus einem vom Schuldner zu vertretenden Grund. Zugleich ist er eine gesetzlich definierte Voraussetzung unterschiedlicher Rechtsfolgen, also lediglich „Vorfrage“ für die Beurteilung dieser Rechtsfolgen. Ein gegenüber dem ursprünglichen Schuldverhältnis eigenständiges „Verzugsverhältnis“ kennt das Gesetz nicht. Dass der nicht leistende Schuldner „in Verzug“ ist, bedeutet nicht mehr, als dass er gemahnt wurde (nicht feststellungsfähige Tatsache) und das weitere Unterbleiben der Leistung zu vertreten hat. Letzteres ist bloßes Element eines Rechtsverhältnisses und folglich ebenso wenig feststellungsfähig wie etwa die Rechtswidrigkeit eines Verhaltens (BGH, Urt. v. 19.04.2000 – [XII ZR 332/97](#), [NJW 2000, 2280](#) [2281]).

Auch die Erwägungen, welche der Zulässigkeit eines Antrags auf Feststellung eines Annahmeverzugs zugrunde liegen, führen hier zu keinem anderen Ergebnis. Denn die Zulässigkeit eines auf Feststellung des Annahmeverzugs gerichteten Antrags stellt eine Ausnahme dar, welche allein aus Gründen der Zweckmäßigkeit und mit dem schutzwürdigen Interesse des Klägers zu rechtfertigen ist, den für die Vollstreckung nach [§§ 756, 765 ZPO](#) erforderlichen Nachweis des Annahmeverzugs bereits im Erkenntnisverfahren erbringen zu können (vgl. BGH, Urt. v. 19.04.2000 – [XII ZR 332/97](#), [NJW 2000, 2280](#) [2281]).

Im Übrigen ist die Klage zulässig, was aus den vorgenannten Gründen auch für den Antrag auf Feststellung des Annahmeverzugs der Beklagten gilt.

II. Die Klage ist im Wesentlichen begründet.

1 Der Kläger hat einen Anspruch gegen die Beklagte auf Nachlieferung aus [§§ 437 Nr. 1, 439 I Fall 2 BGB](#).

1.1 Zwischen den Parteien ist am 01.10.2013 ein Kaufvertrag über das streitgegenständliche Fahrzeug zu einem Kaufpreis von 30.137 € zustande gekommen.

1.2 Das streitgegenständliche Fahrzeug war bei Gefahrübergang mangelhaft i. S. des [§ 434 I BGB](#). Denn es wies aufgrund der verwendeten Software nicht die Beschaffenheit auf, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann ([§ 434 I 2 Nr. 2 BGB](#); vgl. [OLG Celle, Beschl. v. 30.06.2016 – 7 W 26/16](#); [LG Arnsberg, Urt. v. 24.03.2017 – 2 O 375/16](#)).

Welche Beschaffenheit des Kaufgegenstandes ein Käufer anhand der Art der Sache i. S. von [§ 434 I 2 Nr. 2 BGB](#) erwarten darf, bestimmt sich nach dem Empfängerhorizont eines Durchschnittskäufers und damit nach der objektiv berechtigten Käufererwartung ([BGH, Urt. v. 20.05.2009 – VIII ZR 191/07](#) Rn. 14).

Ein Durchschnittskäufer eines Pkw darf davon ausgehen, dass die angegebenen Emissionswerte des Fahrzeugs korrekt ermittelt wurden. Er erwartet nicht, dass das Fahrzeug vorgeschriebene Abgaswerte, die (nur) unter Laborbedingungen eingehalten werden müssen, nur deshalb nicht überschreitet, weil eine softwaregesteuerte Manipulation erfolgt. Die Abgasnorm Euro 5 konnte vorliegend nur durch die verwendete Software eingehalten werden. Dafür, dass die Grenzwerte ohne die Software überschritten worden wären, spricht die vom Kraftfahrt-Bundesamt angeordnete Rückrufaktion, die auch das streitgegenständliche Modell umfasste. Diese Rückrufaktion wäre nicht zu erklären, wenn die Abgasnorm auch ohne Softwareupdate eingehalten worden wäre, Es ist davon auszugehen, dass ohne Update die Typgenehmigung entzogen worden wäre. Dass dies tatsächlich nicht erfolgt ist, da ein Maßnahmenplan entwickelt wurde, ist für die Frage der Mangelhaftigkeit irrelevant.

Zwar trifft zu, dass Abgaswerte nur auf dem Prüfstand gemessen und eingehalten werden müssen, die Einhaltung der vorgeschriebenen Werte im realen Fahrbetrieb daher irrelevant ist. Insoweit ist davon auszugehen, dass die Abgaswerte unter Laborbedingungen aufgrund der Testumgebung und der Testbedingungen immer günstiger sind als im Normalbetrieb des Fahrzeugs. Hierfür hat sich der Gesetzgeber bewusst entschieden, nicht aber dafür, dass Fahrzeuge entsprechend präpariert werden, sodass die Motorleistung im Labor nicht mehr mit der Leistung im Normalbetrieb vergleichbar ist. Eine Prüfung der Abgaswerte würde ad absurdum geführt, wenn durch eine Manipulation in zulässiger Weise erreicht werden könnte, dass der Motorbetrieb sich an die Prüfsituation anpasst.

Ob ein Mangel des Fahrzeugs darüber hinaus auch darin besteht, dass es sich nicht zur gewöhnlichen Verwendung eignet, da es im Rahmen einer Rückrufaktion zwingend umgerüstet werden muss, um weiterhin die Zulassung im Straßenverkehr zu erhalten (so etwa [LG Frankenthal, Urt. v. 12.05.2016 – 8 O 208/15](#)), kann dahinstehen.

1.3 Aufgrund der Mangelhaftigkeit des Fahrzeugs konnte der Kläger gemäß [§§ 437 Nr. 1, 439 I BGB](#) zwischen der Beseitigung des Mangels und der Lieferung einer mangelfreien Sache wählen. Der Käufer hat dabei grundsätzlich die freie Wahl zwischen beiden Arten der Nacherfüllung. Der Kläger hat sich hier für die Neulieferung gemäß [§ 439 I Fall 2 BGB](#) entschieden.

1.4 Die Beklagte kann sich im Zusammenhang mit der Nachlieferung auch nicht mit dem Argument auf Unmöglichkeit gemäß [§ 275 I BGB](#) berufen, Fahrzeuge des streitgegenständlichen 'Typs würden mittlerweile nicht mehr hergestellt und die Fahrzeuge der aktuellen Serienproduktion gehörten aufgrund abweichender Motorleistung und erfolgter technischer Weiterentwicklungen nicht zur selben Gattung wie der streitgegenständliche Pkw.

Hierfür ist unerheblich, ob – was zwischen den Parteien streitig ist – der in Abschnitt IV Nr. 6 Satz 1 der von VW-Vertragshändlern üblicherweise verwendeten Neuwagen-Verkaufsbedingungen geregelte Vorbehalt für Änderungen während der Lieferzeit zwischen den Parteien vereinbart worden ist, welcher auf einen Parteiwillen dahin gehend schließen ließe, dass Änderungen des Leistungsgegenstands sowohl seitens des Kunden im Rahmen der Lieferung als auch seitens des Händlers im Rahmen der Nachbesserung hinzunehmen sind. Denn es darf im Ergebnis nicht zulasten des Käufers gehen, wenn dem Verkäufer die Neulieferung eines Fahrzeugs nur deshalb nicht möglich ist, weil es mittlerweile eine in bestimmten Punkten geänderte und/oder verbesserte Modellreihe dieses Fahrzeugs gibt (vgl. [LG Bochum, Urt. v. 01.03.2017 – I-4 O 244/16](#)).

1.5 Die Beklagte kann sich auch nicht auf die Einrede aus [§ 439 III BGB](#) berufen.

Nach [§ 439 III 1 BGB](#) kann der Verkäufer die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung verweigern, wenn sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist. Dabei sind nach [§ 439 III 2 BGB](#) bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit insbesondere der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand, die Bedeutung des Mangels und die Frage zu berücksichtigen, ob auf die andere Art der Nacherfüllung ohne erhebliche Nachteile für den Käufer zurückgegriffen werden könnte. Maßgeblich kommt es dabei darauf an, ob die Kosten der Nacherfüllung im Verhältnis zu den Kosten der Nachbesserung unverhältnismäßig sind (relative Unverhältnismäßigkeit).

Unabhängig von den weiteren in die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit einzubeziehenden Kriterien scheidet ein Recht der Beklagten, die Nachlieferung zu verweigern, daran, dass eine Nachbesserung im Vergleich zur Nachlieferung hier für den Kläger erheblich nachteilhafter wäre. Denn nach derzeitigen Stand ist ungewiss, ob das vom VW-Konzern zur Verfügung gestellte Softwareupdate nachteilige Auswirkungen in technischer Hinsicht nach sich ziehen wird. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass die Frage, ob und inwieweit eine auf der streitgegenständlichen Software basierende Problematik durch die bereitgestellten Softwareupdates folgenlos beseitigt werden kann, derzeit Gegenstand intensiv und kontrovers geführter Diskussionen ist. Diese in erheblichem Umfang öffentlich geäußerten Bedenken hinsichtlich möglicher Folgeprobleme der von dem VW-Konzern angebotenen Nachbesserung führen zu einer Unsicherheit, die sich auf den Weiterverkaufswert der betroffenen Fahrzeuge auswirken kann (vgl. [LG Regensburg, Urt. v. 04.01.2017 – 7 O 967/16](#); [LG Arnsberg, Urt. v. 24.03.2017 – 2 O 375/16](#)).

Gerade der Wert eines Kraftfahrzeugs kann von subjektiven Vorstellungen

beeinflusst sein (vgl. [LG Arnsberg, Urt. v. 24.03.2017 – 2 O 375/16](#) m. w. Nachw.). Da hiervon selbst dann auszugehen ist, wenn sich herausstellen sollte, dass die Nachbesserung im Wege des Softwareupdates keine weiteren Folgeprobleme nach sich zieht, ist die Einholung eines Sachverständigengutachtens insoweit ungeachtet der Beweisangebote der Parteien nicht erforderlich.

Ein Recht der Beklagten, die einzig mögliche Form der Abhilfe wegen (absolut) unverhältnismäßiger Kosten zu verweigern, besteht im Rahmen eines – hier vorliegenden – Verbrauchsgüterkaufs i. S. der [§§ 474 ff. BGB](#) nicht (BGH, Urt. v. 21.12.2011 – [VIII ZR 70/08](#)).

2 Der Kläger schuldet keinen Nutzungsersatz nach [§§ 439 IV, 346 II 1 Nr. 1 BGB](#). Denn bei dem streitgegenständlichen Kaufvertrag handelt es sich um einen Verbrauchsgüterkauf i. S. des [§ 474 I BGB](#). Im Falle der Nachlieferung im Rahmen eines Verbrauchsgüterkaufs sind Nutzungen gemäß [§§ 474 V 1 BGB](#) weder herauszugeben noch durch ihren Wert zu ersetzen.

3 Die Beklagte befindet sich in Verzug mit der Rücknahme des streitgegenständlichen Fahrzeugs. Dies gilt unabhängig davon, ob in dem Schreiben der Klägervertreter vom 14.12.2015 ein hinreichendes Angebot i. S. der §§ 294, 295 BGB gesehen werden kann. Denn die Beklagte hat im Rahmen der in diesem Verfahren eingereichten Schriftsätze zu erkennen gegeben, dass sie auf ihrer Weigerung, das Fahrzeug zurückzunehmen, beharrt. In diesem Fall ist auch ein wörtliches Angebot i. S. des § 295 BGB nicht erforderlich, da es sich lediglich um eine leere Form handeln würde (Palandt/Grüneberg, BGB, 76. Aufl. [2017], § 295 Rn. 4).

4 Der Kläger hat dem Grunde nach einen Anspruch auf Freistellung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten aus § 439 II BGB (vgl. Hk-BGB/Saenger, 9. Aufl. [2017], § 439 Rn. 3 m. w. Nachw.).

Unter Würdigung aller Umstände, insbesondere des Umfangs und der Schwierigkeit der anwaltlichen Tätigkeit und der Bedeutung der Angelegenheit (§ 14 I RVG) erachtet das Gericht hier jedoch lediglich eine 1,7-fache Geschäftsgebühr nach Nr. 2300 VV RVG für angemessen. Dabei verkennt das Gericht nicht die Komplexität der im Rahmen des vorliegenden Sachverhalts zu würdigenden tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkte, die zudem aufgrund der Aktualität eine ständige Verfolgung neuer Erkenntnisse und aktueller Entwicklungen erfordern. Allerdings ist hier zu berücksichtigen, dass aufgrund parallel gelagerter Sachverhalte von einer nicht unerheblichen Reduzierung des Bearbeitungsaufwands für den vorliegenden Streitfall ausgegangen werden kann.

Die auf der nach § 315 III 2 BGB zu bestimmende Gebühr basierenden vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten berechnen sich wie folgt:

1,7 Geschäftsgebühr (§§ 2, 13, 14 RVG; Nr. 2300 VV RVG)	1.594,60 €
0,7 Geschäftsgebühr (Anrechnung)	– 703,50 €
Pauschale (Nr. 7002 VV RVG)	20,00 €
Zwischensumme netto	911,10 €
19 % USt. (Nr. 7008 VV RVG)	173,11 €
Summe brutto	1.084,21 €

Hinsichtlich des über den vorgehend genannten Betrag hinausgehenden Freistellungsanspruchs war die Klage abzuweisen. ...

Hinweis: Dieses Urteil hat mir freundlicherweise der Kollege Dr. Ralf Stoll – [Dr. Stoll & Sauer Rechtsanwaltsgesellschaft mbH](#) – zukommen lassen, der es für den Kläger erstritten hat.

Probleme beim Autokauf?

Als spezialisierter Rechtsanwalt helfe ich Ihnen gerne weiter – ganz gleich, ob Sie Käufer oder Verkäufer sind. Interessiert? Nutzen Sie das Kontaktformular auf <https://autokaufrecht.info/sofortberatung/> oder rufen Sie mich unverbindlich an

(0 23 27) 8 32 59-99.